قلت (١) : إن الله جلَّ ثناؤه مَنَّ على العباد بعقول ، فدلَّهم بها على الفَرق بين المختلف، وهداهُمُ السبيلَ إلى الحق نصًا ودلالةً . قال : فَمَثِّلْ من ذلك / شيئاً ؟ قلتُ: نَصَبَ الله (٢) لهم البيتَ الحرام ، وأَمَرَهُمْ بالتوجُّه إليه إذا رأوه ، وتأخيه (٣) إذا غابوا عنهُ، وخَلَقَ لهم سماءً وأرضاً وشمساً وقَمراً ونجوماً وبحاراً وجبالاً ورياحاً (٤) ، فقال عز وجل: ﴿ وَهُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ النُّجُومَ لِتَهْتَدُوا بِهَا فِي ظُلُمَاتِ الْبَرِّ وَالْبَحْرِ ﴾ [الأنعام:٩٧]، وقال تبارك اسمه: ﴿ وَعَلامَاتٍ وَبِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ ﴾ [النحل : ١٦] . ٣٩/ب ص

فأخبر (٥) أنهم يهتدون بالنجوم (٦) والعلامات ؛ فكانوا يعرفون بِمَنِّه جهةَ البيتِ، بمعونته لهم ، وتوفيقه إيَّاهُمْ ، بأن قد رآه مَن رآه (٧) منهم في مكانه ، وأخبرَ مَن رآه منهم من لم يَرَهُ منهم ، وأبصَرَ ما يهتدون(٨) به إليه ، من جَبَل يُقْصَدُ قَصْدُهُ ، أو نجمٍ يُؤْتَمُّ به، وشمَال وجنوبٍ ، وشمسٍ يُعْرَفُ مَطْلَعُهَا ومَغْرِبُها ، وأين تكون من المُصلَّى بالعشيِّ ، وبحُور(٩) كذلك ، فكان (١٠) عليهم تكلُّف الدَّلالات بما خَلَقَ لهم من العقول التي رَكَّبها فيهم، ليَقْصِدُوا قَصْدَ التوجُّه للعَيْن التي فَرَضَ عليهم استقبالَها . فإذا طلبوها مجتهدين بعقولهم وعلمهم بالدلائل ، بعد استعانَة الله ، والرغبةِ إليه في توفيقه ، فقد أدَّوْا ما عليهم. وأبانَ لهم أن فرضَه عليهم التوجُّهُ شَطْرَ المسجد الحرام ، والتوجُّه شطرَه(١١) ، لا إصابةُ البيتِ بعينه بكلِّ حالٍ .

[٥٣] باب الاستحسان (١٢)

أخبرنا الربيع قال : قال الشافعي (١٣) : ولم يكن لهم إذا كان لا تُمْكِنهم الإحاطةُ

---

(١) في (ش) : « فقلت » . (٢) لفظ الجلالة ليس في (ش) .

(٣) التأخي : التحري والقصد إلى الشيء .

(٤) في (ب) : « ورياحا وجبالا » بالتقديم والتأخير .

(٥) في (س ، ج) : « فأخبرهم » ، وفي (ص) : « قال : فأخبر » .

(٦) في (ش) : « بالنجم » . (٧) في (س) : « من قد رآه » .

(٨) في (ش) : « من لم يره ، وأبصر ما يهتدى » .

(٩) في (س ، ج) : « ويجوز » وهو تصحيف . (١٠) في (ش) : « وكان » .

(١١) تكرار قوله : « والتوجه شطره » تكرار بديع بليغ ، يريد أن يدل به على أن الفرض في التوجه محصور في التوجه شطر البيت لمن غابت عنه عينه . كأنه قال : التوجه شطره فقط (ش) .

(١٢) في (ش) هذا العنوان بعد قوله : « بلا دلالة » الآتي وهو ليس في أصله .

(١٣) « أخبرنا الربيع قال : قال الشافعي » : ليست في (ش) .

فى الصواب إمكانَ مَن عايَنَ البيتَ ،أن يقولوا نَتَوَجَّهُ حيثُ رأينا (١)، بلا دلالة. قال: هذا (٢) كما قلتَ ، والاجتهادُ لا يكون إلاَّ على مطلوبٍ ، والمطلوبُ لا يكونُ أبداً (٣) إلاَّ على عَيْنٍ قائمة تُطْلَبُ بِدلالة يُقْصَدُ بها إليه (٤) ، أو تشبيه على عين قائمة ، وهذا يُبَيِّنُ أنَّ حَرَاماً على أحد أن يقولَ بالاستحسان ، إذا خالفَ الاستحسان الخبرَ ، والخبرُ - من الكتاب والسنَّة - عَيْنٌ يتوخى (٥) معناها المجتهدُ ليُصيبَه ، كما البيتُ (٦) يَتَأَخَّاهُ مَن غاب عنهُ ليصيبَه ، أو قَصَدَه بالقياس ، وأنْ ليس لأحد أن يقولَ إلاَّ من جهة الاجتهادِ، والاجتهادُ ما وَصَفْتَ من طَلَبِ الحقِّ .

قال: فهل تجيزُ أنتَ (٧) أن يقولَ الرجلُ : أَسْتَحْسِنُ ، بغير قياسٍ ؟ قلت (٨) : لا يجوزُ هذا عندى - واللهُ أعلمُ - لأحد ، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دونَ غيرهم ؛ لأن يقولوا فى الخبر باتّباعه وفيما (٩) ليس فيه الخبرُ بالقياس عَلَى الخبرِ . ولو جاز تعطيلُ القياس جاز لأهلِ العقولِ من غيرِ أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبرٌ بما يَحْضُرهم من الاستحسانِ . وإن القولَ بغير خبرٍ ولا قياسٍ لغَيْرُ جائزٍ ، بما ذكرتُ من كتاب الله عز وجل وسنة رسوله ﷺ (١٠) ، ولا فى القياسِ .

فقال : أمَّا الكتابُ والسنةُ فيدُلاَّن على ذلك ؛ لأنه إذا أمَرَ النبيُّ ﷺ بالاجتهاد ، فالاجتهادُ أبَداً لا يكونُ إلاَّ على طلبِ شَيء ، وطلبُ (١١) الشيء لا يكونُ إلاَّ بدلائلَ ، والدلائلُ (١٢) هى القياسُ ، قال : فأينَ القياسُ مع الدلائل على ما وصفتَ ؟ قلتُ : ألاَ تَرَى أنَّ أهلَ العلم إذَا أصاب رجلٌ (١٣) لرجلٍ عبداً لم يقولوا لرجلٍ (١٤) : أقِمْ عبداً

(١) فى (ج) : « توجه حيث رأيت » .

(٢) فى (ب ، ص) : « فهذا » ، وهو مخالف للأصل .

(٣) فى (ب ، ص) : « والمطلوب أبداً لا يكون » . (٤) فى (ش): « إليها » .

(٥) فى (ش) : « تأخَّى » : أى تحرى . قال فى اللسان ١٨ / ٢٥ : « وفى حديث ابن عمر : يتأخى مُناخَ رسول الله . أى يتحرى ويقصد ، ويقال فيه بالواو أيضا ، وهو الأكثر » .

(٦) فى (ب ، ص) : «كما أن البيت » .

(٧) « قال » : ليست فى (ش) ، و « أنت » : ليست فى (ص) .

(٨) فى (ش) : « فقلت » . (٩) فى (ش) : « فيما » بدون واو العطف .

(١٠) فى (ب ، ص) : « وسنة نبيه » ، وفى سائر النسخ : « وسنة نبيه محمد » .

(١١) فى (ب ، ص): « فطلب » . (١٢) فى (س ، ج) : « فالدلائل » .

(١٣) فى (ب ، ص) : « الرجل » .

(١٤) فى (ب ، ص) : « للرجل » وهو خطأ ؛ لأن المراد : لم يقولوا لرجل آخر أن يقوّم قيمة العبد ، وليس معقولا أن يكلفوا بذلك صاحب الواقعة ، وهو الذى سيلزمونه قيمة ماجنى على العبد .

ولا أمَةً (١) ، إلاَّ وهو خابرٌ (٢) بالسُّوق ليُقَوِّم بمعنَيَيْنِ (٣) : بما يُخبرُكم (٤) ثَمَنُ مثله فى يومه ، ولا يكونُ ذلك (٥) إلاَّ بأن يَعتَبِرَ عليه (٦) بغيره ، فيقيسَه عليه،ولا يقالُ لصاحب سِلْعَةٍ : أقِمْ ، إلاَّ وهو خابر (٧) .

(٨)ولا يجوزُ أن يقالَ لفقيهٍ عدلٍ غيرِ عالمٍ بقِيَمِ الرقيق : أقِمْ هذا العبدَ ولا هذه الأمَةَ ولا إجارةَ هذا العاملِ ؛ لأنّه إذا أقامه على غير مثالٍ يدله (٩) على قيمته كان متعسِّفاً . فإذا كان هذا هكذا فيما تَقِلُّ قيمتُه من المال ويتيسَّر (١٠) الخطأ فيه علَى المُقامِ له والمقام عليه : كان حلالُ اللّه وحرامُه أولى ألاَّ يقال فيه (١١) بالتعسُّفِ ولا الاستحسان (١٢) . وإنما الاستحسانُ تَلَذُّذٌ ، ولا يقول فيه (١٣) إلا عَالِمٌ بالأخبار، عاقلٌ للتشبيه (١٤) عليها .

وإذا كان هذا هكذا كان على العالم ألا يقول إلاَّ مِن جهة العلمِ ـ وجهةُ العلمِ الخبرُ اللازمُ والقياس (١٥) بالدلائل على الصواب ، حتى يكون / صاحبُ العلم أبداً مُتَّبِعاً خبراً وطالبَ الخبرِ بالقياسِ ،كما يكون متبعَ البيتِ (١٦) بالعيانِ ، وطالباً قَصْدَه (١٧) بالاستدلالِ بالأعلامِ مجتهداً. ٤٠/أ ص

ولو قال بلا خبرٍ لازمٍ ولا قياسٍ ، كان أقربَ من الإثم مِن الذى قال وهو غيرُ عالمٍ ولكان(١٨) القولُ لغير أهل العلم جائزاً .

ولم يجعل اللّهُ عز وجل لأحدٍ بعدَ رسول الله ﷺ (١٩) أن يقولَ إلاَّ مِنْ جهة علمٍ

---

(١) فى (ش) : « ليقيم » من الإقامة . والمعنى واحد .
(٢) « الخابر » : المختبر المجرب ، و « الخبير » الذى يخبر الشىء بعلمه (ش) .
(٣) فى (ب ، ص) : « لمعنيين » .
(٤) فى (ب ، ص): « أن يخبر بما يخبر » ، وزيادة: «أن يخبر» . وفى نسخة ابن جماعة ، (ج) :«بما يختبر» .
(٥) فى (س ، ج) : « فى ذلك » . (٦) فى ابن جماعة ، (س) : « غَلَّته » .
(٧) فى سائر النسخ : « خابر بالقيم » . وهنا بحاشية الأصل السماع السابع عشر ، ولكنه غير واضح لتآكل أطراف الورق . وبحاشية نسخة ابن جماعة : « آخر الجزء السادس » (ش) .
(٨) هنا فى (س ، ج) زيادة : « قال الشافعى » . (٩) فى (ش) : « بدلالة » .
(١٠) فى (ش) : « ويَيْسُر »، وفى ابن جماعة : « وتبين » . (١١) فى (ش): « فيهما » .
(١٢) فى النسخ المطبوعة : « ولا الاستحسان أبداً » ، وفى (ش) : « والاستحسان » و « أبداً » : ليست فيها .
(١٣) قوله : « فيه » أى فى القياس والاستدلال .
(١٤) فى (ب ، ص) : « بالتشبيه » ، وهو مخالف للأصل .
(١٥) فى (ش) : « بالقياس » . (١٦) فى ابن جماعة : « متبعاً البيت » .
(١٧) فى (س، ج) : « وطالبا ما قصده » . (١٨) فى (ش) : « وكان » .
(١٩) فى (ب ، ص) : « بعد رسوله » .

مَضَى قبلَه ،وجهةُ العلمِ بَعدُ الكتابُ والسنةُ (١) والإجماعُ والآثارُ ،ثم ما وصفتُ (٢) من القياس عليها .ولا يقيسُ إلاَّ من جَمَعَ الآلَةَ (٣) التى لَهُ القياسُ بها ، وهى العلمُ بأحكام كتاب اللّه : فرضِه ، وأدبِه ، وناسخِه ، ومنسوخِه ، وعامِّه ، وخاصِّه ، وإرشادِه . ويَستدلُّ عَلَى ما احتملَ التأويلَ منهُ بسننِ رسول اللّه ﷺ فإذا (٤) لم يجدْ سنةً فبإجماع المسلمين ، فإن لم يكن إجماع فبالقياس .

ولا يجوز (٥) لأحدٍ أن يقيسَ حتى يكونَ عالماً بما مَضَى قبلَه من السننِ ، وأقاويلِ السلفِ ، وإجماعِ الناسِ ، واختلافِهم ، ولسانِ العرب .

ولا يكونُ لَه أن يقيسَ حتى يكونَ صحيحَ العقل ، وحتى يفرِّقَ بين المشتبه ، ولا يَعْجَلَ بالقولِ به ،دونَ التثبت(٦) .ولا يمتنعُ من الاستماعِ ممَّن خالفَه؛ لأنه قد يُنَبِّهُه(٧) بالاستماع لتركِ الغفلة ، ويزدَادُ به تثبيتاً (٨) فيما اعتقَدَ من الصواب .

وعليه فى ذلك بلوغُ غايةِ جُهْدِه ، والإنصافُ من نفسه ، حتى يَعرفَ من أين قالَ ما يقولُ، وتَرَكَ (٩) ما يتْرُك . ولا يكونُ بما قالَ أعْنَى منه بما خالفه ، حتى يَعرفَ فضلَ ما يصيرُ إليه عَلَى ما يترك ، إن شاء اللّه .

قال الشافعى رحمه الله (١٠) : فأمَّا مَن تمَّ عقلُه ولم يكن عالماً بما وصفنا فلا يحلُّ له أن يقول بقياسٍ ، وذلك أنه (١١) لا يعرفُ ما يقيسُ عليه ، كما لا يحلُّ لفقيهٍ عاقلٍ أن يقولَ فى ثَمنِ درهمٍ ولا خبرةَ له بسُوقه . ومن كان عالماً بما وصفنا بالحفظ لا بحقيقةِ المعرفةِ فليس لَه أن يقولَ أيضاً بقياس ؛ لأنَّه قد يَذهبُ عليه عقلُ المعانى . وكذلك لو كان حافظاً مُقَصِّرَ العقلِ ، أو مُقصِّراً عن علم لسانِ العربِ ، لم يكن لَه أن يقيسَ ، من قِبَلِ نقص عقله (١٢) عن الآلَةِ التى يجوزُ بها القياسُ . ولا نقولُ (١٣) يَسَعُ هذا ـ واللّهُ أعلمُ ـ أن يقولَ أبداً إلاَّ اتِّباعاً ، لا قياساً .

---

(١) « بعد »: ظرف مبنى على الضم ، و « الكتاب » : خبر « جهة العلم » ، وفى (ج): « فالسنة » .

(٢) فى (ش) : « وما وصفت ».

(٣) فى (ج) : « الأدلة » ، وفى ص : « جميع » ، وهما خطأ .

(٤) فى (ب ، ص) : « وإذا » .

(٥) فى (ش) : « ولا يكون » .

(٦) فى (ش) : « التثبيت ».

(٧) فى (ش) : « يتنبه » بدل : « يثبته ».

(٨) فى (ب ، ص) : « تثبتا ».

(٩) فى ابن جماعة ، (س ، ج) : « ويترك » .

(١٠) « قال الشافعى رحمه الله » : ليست فى (ش) .

(١١) فى (ب) : « لأنه » .

(١٢) فى النسخ المطبوعة : « تقصير عقله » .

(١٣) فى ابن جماعة : « فلا نقول » ، وفى (س) : « فلا تقول » ، وفى (ج) : « فلا يقول » .

قال الشافعى رحمة الله عليه (١) : فإن قال قائلٌ : فاذكرْ مِنَ الأخبارِ التى تَقيس عليها ، وكيف تَقيسُ عليها (٢) ؟ قيلَ لَه إن شاءَ اللّه : كلُّ حكمٍ للّه تعالى أو لرسوله ﷺ وُجِدَتْ عليه دلالَةٌ فيه أو فى غيرِه من أحكام اللّه تعالى أو رسوله ﷺ بأنَّه حُكِمَ به لمعنًى من المعانى، فَنزلتْ نَازِلَةٌ ليس فيها نَصُّ حكمٍ حُكِمَ فيها (٣) حُكْمَ النازلة المحكوم فيها ، إذا كانت فى معناها .

وللقياسِ وجُوه (٤) يَجمعُها اسم (٥) « القياسُ » ، ويَتَفَرَّقُ بها (٦) ابتداء قياسِ كلِّ واحدٍ منهما ، أو مصدرُه ، أو هما وبعضها (٧) أوضحُ من بعضٍ .

فأقوَى القياسِ أن يُحَرِّمَ اللّهُ فى كتابه أو يُحَرِّمَ رسول اللّه ﷺ (٨) القليلَ من الشىء، فيُعْلَمَ أنَّ قَليلَه إذا حُرِّم كان كثيرُه مثلَ قليلِه فى التحريم أو أكثرَ ، بفضلِ (٩) الكثرة على القلّة . وكذلك إذا حُمِدَ على يسيرٍ من الطاعة كان ما هو أكثرُ منها أولَى أن يُحمدَ عليه . وكذلك إذا أباحَ كثيرَ شىءٍ كان الأقلُّ منه أولى أن يكون مباحاً .

قال الشافعى رحمة الله عليه : (١٠) فإن قال قائل : فاذكر (١١) مِن كل واحدٍ من هذا شيئاً يُبَيِّنُ لنا ما فى معناه (١٢) ؟

[١٦٩] قلتُ : قال رسولُ اللّه ﷺ : « إنَّ اللّه حَرَّم من المؤمن دَمَه ومالَه ، وأن يُظَنَّ به إلاَّ خيراً » .

---

(١) « قال الشافعى رحمة الله عليه » : ليست فى (ش) .
(٢) فى ابن جماعة ،(ص) نقطت الأولى بالنون ولم تنقط الثانية . و « عليها »: ليست فى (ش) .
(٣) فى ابن جماعة ، (ج) : « يحكم فيها » .
(٤) فى ابن جماعة : « والقياس من وجوه » ، وفى (ش) : « والقياس وجوه » .
(٥) كلمة « اسم » : ليست فى (ش) .
(٦) فى (س ، ج) : « فيها » بدل : « بها » .
(٧) فى (ش) : « وبعضهما » .
(٨) فى سائر النسخ ، (ص.) : « رسوله » .
(٩) فى ابن جماعة ،(س ، ج) : « لفضل » .
(١٠) « قال الشافعى رحمة اللّه عليه » : ليست فى (ش) ، وكذلك كلمة : « قائل » .
(١١) فى (س) زيادة : « لنا » .
(١٢) فى ابن جماعة ، (س ، ج) : « مثل معناه » .

---

[١٦٩] الحديث ذكره ابن عبد البر بدون إسناد أيضاً (تمهيد ١٠ / ٢٣١) . كما ذكره الغزالى فى الإحياء بلفظ: «إن الله حرم من المسلم دمه وماله وأن يظن به ظن السوء» .
قال العراقى : « رواه البيهقى فى الشعب من حديث ابن عباس بسند ضعيف » (٥ / ٢٩٦ - ٢٩٧) ، ولابن ماجه نحوه بسند ضعيف أيضاً .
حديث ابن ماجه فى (٢ / ١٢٩٧) (٣٦) كتاب الفتن (٢) باب حرمة دم المؤمن وماله - عن أبى القاسم ابن أبى ضمرة نصر بن محمد بن سليمان الحمصى عن أبيه ، عن عبد الله بن أبى قيس =

فإذا حَرَّمَ أن يُظَنَّ (١) به ظنّا مخالفاً للخير يُظْهِرُه ، كان ما هو أكثرُ من الظنِّ المُظْهَرِ ظنّا من التصريح له بقول (٢) غيرِ الحقّ أولَى أن يُحَرَّم ، ثم كيفَ ما زِيدَ فى ذلك كان أحْرَمَ .

وقال(٣) الله عز وجل : ﴿ **فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ . وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ** ﴾ [الزلزلة : ٧ ، ٨] . فكان ما هو أكثرُ (٤) من مِثْقالِ ذرةٍ من الخيرِ أحْمَدَ ،وما هو أكثر(٥) من مثقالِ ذرةٍ من الشرِّ أعظمَ فى المأثمِ (٦) .

وأباح لنا دماءَ أهلِ الكفرِ المقاتلين غيرِ المُعاهَدِينَ وأموالَهم(٧) ولم يحْظُرْ (٨) علينا منها شيئاً أذْكُرُهُ ، فكان ما نِلْنَا من أبدانهم دونَ الدماءِ ، ومن أموالهم دونَ كُلِّهَا ، أولى أن يكونَ مباحاً .

(٩) وقد يمتنعُ بعضُ أهلِ العلمِ من أن يُسَمِّيَ هذا « قياساً » ، ويقول: هذا معنى ما أحل اللهُ وَحَرَّمَ /وَحَمِدَ وَذَمَّ ؛لأنه داخلٌ فى جملتِه،فهو هو بعينه (١٠) ،لا قياس (١١) على غيرِه . ٤٠ / ب ص

ويقولُ مثلَ هذا القول فى غيرِ هذا ، مما كان فى معنى الحلال فأُحِلَّ ، والحرام فَحُرِّمَ .

قال الشافعى رحمة الله عليه (١٢): ويمتنعُ أَن يُسَمَّى « القياس » إلاَّ ما كان يحتملُ

(١) فى النسخ المطبوعة : « نظن » . (٢) فى (س ، ج) : «بقوله » .
(٣) فى (ش) : « قال » بدون الواو . (٤ ، ٥) فى (ب) فى الموضعين : « أكبر » .
(٦) فى (ب ، ص) : « فى المأثم أعظم » بالتقديم والتأخير .
(٧) فى (ب) : « وأباح أموالهم » ، وفى (ص) : « غير المعاقدين » .
(٨) فى (ش) : « لم يحظر » بدون واو .
(٩) هنا فى (س ، ج) زيادة : « قال الشافعى » . (١٠) كلمة « هو » الثانية ليست فى (ش) .
(١١) فى ابن جماعة (س ، ج) : « لا قياسا » ، وفى (ص) : « لا قياسَ » .
(١٢) « قال الشافعى رحمة الله عليه » : ليست فى (ش) .

= النصرى ، عن عبد الله بن عمرو قال : رأيت رسول الله ﷺ يطوف بالكعبة وهو يقول :« ما أطيبك وأطيب ريحك ، ما أعظمك ، وأعظم حرمتك ، والذى نفس محمد بيده لحرمة المؤمن أعظم عند الله حرمة منك ، ماله ودمه ، وأن نظن به إلا خيراً ».

قال البوصيرى : هذا إسناد فيه مقال : نصر بن محمد ضعفه أبو حاتم ، وذكره ابن حبان فى الثقات ، وباقى رجال الإسناد ثقات .

أقول : وهذه الأحاديث الضعيفة يقوى بعضها بعضا وله شواهد صحيحة والله تعالى أعلم .
وذكره القرطبى فى تفسيره (١٦ / ٣٣٢) بلفظ الغزالى .

أن يُشبَّه بما (١) احتَملَ أن يكون فيه شَبَهاً من معنيين مختلفين ، فصرَفَه إلى (٢) أن يقيسَه على أحدِهما دونَ الآخرِ .

ويقول غيرُهُم من أهل العلمِ : ما عدا النصَّ من الكتاب أو السنة (٣) وكان (٤) فى معناه فهو قياسٌ ، والله أعلم .

(٥) فإن قال قائلٌ: فاذكرْ من وجوهِ القياسِ ما يدلُّ على اختلافه فى البيانِ والأسبابِ، والحجةَ فيه ، سوى هذا الأول ، الذى تدركُ العامَّةُ علمَه ؟ قيل لَه إن شاء الله : قال الله عز وجل : ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾ [البقرة :٢٣٣]، وقال تعالى: ﴿ **وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلادَكُمْ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ** ﴾[البقرة: ٢٣٣].

[١٧٠] فأمَرَ رسولُ الله ﷺ هندَ بنت (٦) عتْبة أن تأخذَ من مال زوجها أبى سفيانَ ما يكفيها وولدَهَا ـ وهُم ولدُه ـ بالمَعْروف ، بغيرِ أمرِه . قال : فدلَّ كتابُ الله تعالى وسنةُ نبيه ﷺ على (٧) أنّ عَلَى الوالدِ رضاعَ ولدِه ونفقتَهم صِغاراً .

(٨) فكان الولدُ (٩) من الوالد مُجْبَرٌ على إصلاحه (١٠) فى الحالِ التى لا يُغْنِى الولدُ فيها نفسَه فقلنا (١١) : إذا بلغَ الأبُ ألاَّ يُغْنِىَ نفسَه بكسبٍ ولا مالٍ فعلى ولدِه

---

(١) فى النسخ المطبوعة : « ما » بدون الباء .
(٢) فى (ش) : « فصرفه على » .
(٣) فى (ب) : « والسنة » .
(٤) فى (ش) : « فكان » .
(٥) هنا فى (س ، ج) زيادة : « قال الشافعى » .
(٦) فى ابن جماعة : « هنداً بنت » بصرف « هند » ، وقد زاد بعضهم فيه ألفاً بعد الدال ، وفى (س ، ج) : «هند ابنة » .
(٧) « على » : ليست فى (ش) .
(٨) هنا فى (س ، ج) زيادة : « قال الشافعى » .
(٩) فى ابن جماعة : « فكأن الولد » بهمزة فوق الألف وشدة فوق النون ، وهو خطأ .
(١٠) فى (ش) : « فجبرَ على صلاحه » .
(١١) فى (ش) : « فقلت » .

---

[١٧٠] * خ : (٣ / ٤٢٧) ، (٦٩) كتاب النفقات ، (٩) باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف . رقم (٥٣٦٤) ، من طريق محمد بن المثنى ، عن يحيى ، عن هشام قال : أخبرنى أبى ، عن عائشة ؛ أن هندا بنت عتبة قالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطينى مايكفينى وولدى إلا ما أخذت منه وهو لايعلم ، فقال : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » .
* م : (٣ / ١٣٣٨) ،(٣٠) كتاب الأقضية ، (٤) باب قضية هند . رقم (٧ / ١٧١٤) ، من طريق على بن حجر السعدىّ ، عن على بن مسهر ، عن هشام بن عروة ، عن أبيه ، عن عائشة بنحو حديث البخارى .

إصلاحه(١) فى نفقته وكُسْوَته ، قياساً على الولد ؛ وذلك أنَّ الولدَ من الوالد ، فلا يضيِّعُ شيئاً هو منه ، كما لم يكن للوالد (٢) أن يضَيع شيئاً من ولده ؛ إذْ (٣) كان الولدُ منه ،كان (٤) الوالدُونَ وإن بَعُدُوا ، والولدُ وإن سَفَلوا ، فى هذا المعنى ، والله أعلم، فقلتُ : يُنْفقُ على كل محتاجٍ منهم غيرِ محترفٍ ، ولَهُ النفقةَ عَلَى الغَنِىِّ المحترف .

وقَضَى رسولُ اللّه ﷺ فى عبد دُلِّسَ للمبتاعِ فيه بعيبٍ فَظَهَرَ عليه بعد ما استغَلّه أن للمبتاعِ رَدَّه بالعيب ، وله حبسُ الغَلّة بضمانه العبدَ (٥) ؛ فاستدللنا إذا كانت الغلةُ لم يقَع عليها صفقةُ البيع فيكونَ لها حصةٌ من الثمن ، وكانت فى ملك المشترِى فى الوقت الذى لو ماتَ فيه العبدُ مات من مال المشترى ؛ أنَّه إنما جعلها لَه لأنها حادثَةٌ فى ملكه وضمانه ، فقلنا كذلك فى ثمرِ النخل ،ولبن الماشية ،صوفِها وأولادها ، وولد الجارِيةَ، وكُلِّ ما حَدَثَ فى ملكِ المشترى وضمانِه ، وكذلك وطء الأمةِ الثيِّبِ وخدمتها .

قال (٦) : فتفرَّقَ علينا بعضُ أصحابنا وغيرُهُمْ فى هذا . فقال بعضُ الناس : الخراجُ والخدمةُ والمنافع (٧) غيرُ الوطء من المملُوكِ وَالمَمْلُوكَة لمالكها الذى اشتَراها ، ولَه رَدُّها بالعَيب ، وقال : لا يكونُ له أن يردَّ الأمَةَ بعد أن يطأها ، وإن كانَتْ ثيباً ، ولا يكون له ثمرُ النَّخلِ ، ولا لبنُ الماشيةِ (٨) ولا صوفُها ، ولا ولدُ الجاريةِ ؛ لأنَّ كلَّ هذا ـ من الماشيةِ والجاريةِ والنخلِ والخراج ـ ليس بشىءٍ من العبدِ (٩) .

قال الشافعى رحمة الله عليه (١٠): فقلتُ لبعض مَن يقولُ هذا القولَ:أرأيتَ قولَكَ: الخراجُ ليس من العبد ،والثَّمَرُ من الشجر ، والولد من الجارية أليسا يجتمعان فى أن كلَّ واحدٍ منهما كان حادثاً فى ملكِ المشترى لم تَقَع عليه صفقةُ البيع ؟ قال : بلى ،ولكن يفترقَان (١١) فى أن ما وصَل إلى السيِّدِ منهما مفترق (١٢) ،وثَمَر النَّخل (١٣)

---

(١) فى (ش) : « صلاحه » . (٢) فى (ش) : « للولد » .
(٣) فى ابن جماعة ، (ج) : « إذا » وهو خطأ ومخالف للأصل ، فإن هذا تعليل لا شرط .
(٤) فى (ش) : « وكذلك » بدل : « وكان » .
(٥) هذا الحديث ذكره الشافعى هنا بالمعنى ، وهو حديث « الخراج بالضمان » ، وقد رواه فيما مضى برقم [١٥١] وخرجناه هناك .
(٦) فى ابن جماعة، (س ، ج) : « قال الشافعى » .
(٧) فى (ش) : « والمتاع » بدل : « والمنافع » .
(٨) فى ابن جماعة ، (س ، ج) : « الغنم » بدل : « الماشية » .
(٩) هنا فى (س) زيادة : « والثمر من الشجر والولد من الجارية » .
(١٠) « قال الشافعى رحمة الله عليه » : ليست فى (ش) .
(١١) فى (ش) : « يتفرقان » . (١٢) فى (ب ، ص) : « يفترق » .
(١٣) « تمر » منقوطة بالمثناة فى (ش) ، وفيها وفى (س ، ج) : « النخلة » .

منها ، وولدُ الجارية والماشيةِ منها ، وكسبُ الغلامِ ليس منه ، إنما هو شيء تَحَرَّفَ (١) فيه فاكتسبَه .

(٢) فقلتُ له : أرأيتَ إنْ عارضك معارِض بمثل حجَّتك فقال : قضى النبيُّ ﷺ أنَّ الخراجَ بالضمان ، والخراجُ لا يكونُ إلاَّ بما وصفتَ من التَّحَرُّفِ ، وذلك يَشغَله عن خدمة مولاه ، فيأخذُ له بالخراجِ العوَضَ من الخدمة ومن نفقته على مملوكه ، فإن (٣) وهِبَتْ له هبة والهبةُ (٤) لا تشغلُه عن شيءٍ لم تكن (٥) لمالكه الآخر ، ورُدَّتْ إلى الأوَّل؟ قال : لا ، بل تكونُ للآخرِ الذى وُهبت له وهو فى ملكه . قلتُ : هذا ليس بخراجٍ، / هذا من وجهٍ غير الخراج. قال: وإنْ كان (٦) ، فليس من العبدِ . أ/٤١ ص
قلتُ(٧) : ولكنه مفارق(٨) معنى الخراج ؛ لأنه من غير وجهِ الخراج . قال : وإن كان من غيرِ وجهِ الخراج ، فهو حادثٌ فى ملك المشترى .

قلتُ : وكذلك الثمرةُ والنِّتاج (٩) حادثٌ (١٠) فى ملك المشترى ، والثمرة إذا باينَت النخلةَ فليستْ من النخلة . وقد (١١) تُباعُ الثمرةُ ولا تَتْبَعُها النخلةُ ، والنخلةُ ولا تتبعها الثمرةُ، وكذلك نِتاجُ الماشيةِ . والخراجُ أولَى أن يُرَدَّ مع العبد ؛ لأنه قد يُتكلَّفُ فيه ما يتبعه (١٢) من ثمرِ النخلة ، لو جاز أن يُردَّ واحد منهما (١٣) .

قال الشافعي رحمة الله عليه (١٤) : وقال بعض أصحابنا بقولنا فى الخراجِ ووطءِ الثيب وثمر النخل . وخالفَنا فى ولَدِ الجارية .

قال الشافعي رحمة الله عليه(١٥) : وسواء ذلك كلُّه؛ لأنه حادث فى ملك المشترِى، لا يستقيمَ فيه إلاَّ هذا ،ولا يكون (١٦) لمالك العبدِ المشترِى شيء (١٧) إلاَّ

---

(١) فى (ج) : « يحترف » ، و « تحرف » بمعنى احترف استعمال طريف ، لم أجده فى شيء من معاجم اللغة، وكذلك مصدره « التحرف » الآتى فى الفقرة التالية . وإنما المذكور فى المعاجم « حرف لأهله واحترف : كسب وطلب واحتال » (ش) .

(٢) هنا فى (ب ، ص) زيادة : « قال » ، وفى (س ، ج) : « قال الشافعى » .

(٣) فى (ب ، ص) : « وإن » .

(٤) فى (ش) : « فالهبة » .

(٥) فى (س ، ج ، ص) : « لم يكن » .

(٦) « كان » : ليست فى (ش) .

(٧) فى (س ، ج) زيادة : « له » .

(٨) فى (ش) : « يفارق » .

(٩) « النتاج » : بكسر النون الاسم ، وأما المصدر فبفتحها .

(١٠) فى (س ، ج) : « فهو حادث » .

(١١) فى (ش) : « قد » .

(١٢) فى (ش): « تبعه » .

(١٣) فى النسخ المطبوعة ، (ص) : « واحدا » .

(١٤، ١٥) « قال الشافعى رحمة الله عليه » : ليست فى (ش) .

(١٦) فى (ش) : « أو لا يكون » .

(١٧) فى (س ، ج) : « فى شيء » .

الخراجُ والخدمةُ ، ولا يكونُ له ما وُهبَ للعبد ، ولا ما الْتقطَ، ولا غيرُ ذلك من شيء أفادَه من كَنْزٍ ولا غيرِه ، إلا الخراجُ والخدمةُ ، ولا يكون له ثمر النخل (١) ، ولا لبنُ الشاء (٢) ولا غيرُ ذلك ؛ لأن هذا ليس بخراج .

[١٧١] **قال الشافعي** رحمة الله عليه (٣) : ونَهَى رسولُ اللّه ﷺ عن الذهبِ بالذهب(٤) ، والتمرِ بالتمر ،والبُرِّ بالبرِّ ،والشعير بالشعيرِ ، إلاَّ مثْلاً بمثلٍ ، يَداً بيدٍ.

قال الشافعي رحمه الله: فلما حرم (٥) رسول اللّه ﷺ فى هذه الأصناف المأكولة التى يشح الناسُ عليها حتى باعوها كيلاً ـ لمعنيين (٦) : أحدُهما : أن يُباعَ ـ منها شيء بمثله أحدُهما نقدٌ والآخرُ دَيْن ، والثانى : أن يَزْدَاد (٧) فى واحد منهما شيء على مثله يداً بيد ـ كَان(٨) ما كانَ فى معناها (٩) محرَّماً قياساً عليها: وذلك كلُّ ما أُكلَ ممَّا بيعَ موزوناً، لأنِّى وجدتُها مجتمعةَ المعانى فى أنها مأكولة ومشروبة ، والمشروبُ فى معنى المأكولِ ؛ لأنه كلَّه للناسِ إمَّا قوتٌ وإمَّا غذَاء وَإِمَّا هُمَا (١٠) ، ووجدتُ الناسَ شَحُّوا عليها حتى باعوها وزناً ،والوزنُ أقربُ من الإحاطة من الكيل،أو فى معنى الكيل (١١)، وذلك مثلُ العسلِ والسمن والزيت (١٢) والسُّكَّر وغيرِه ،مما يؤكل ويُشرب ويُباع موزوناً.

قال الشافعي رحمة الله عليه(١٣) : فإن قال قائلٌ : أفيحتملُ ما بيع مَوزوناً أن يُقاسَ على الوزنِ من الذهب والوَرِق ، فيكونَ الوزْنُ بالوزن أولى أن يُقاسَ (١٤) عليه من الوزنِ بالكيل ؟ قيل إن شاء اللّهُ له (١٥):إن الذى مَنَعَنا مما وصفتَ (١٦) ـ من قياسِ

(١) فى (ش) : « ولا ثمر » . (٢) فى (ش): « لبن الماشية » .
(٣) « قال الشافعى رحمة الله عليه » : ليست فى (ش) .
(٤) هنا فى (س ، ج) زيادة : « والفضة بالفضة » .
(٥) فى (ش) : « خرَج » . (٦) فى (ش) : « بمعنيين » .
(٧) فى (ش) : « يزاد » .
(٨) قوله : « كان » إلخ ، جواب « لما » فى قوله : « فلما خرج رسول الله » إلخ (ش) .
(٩) فى (ب) : « بمعناها » .
(١٠) فى (ص) : « إما قوتاً وغذاءً » ، و « القوت » ما يمسك الرمق ، و « الغذاء » ما يكون به نماء الجسم وقوامه، من الطعام والشراب واللبن . والفرق بين المعنيين دقيق (ش) .
(١١) فى (ش) : « وفى معنى الكيل » ، وفى ابن جماعة ، (س ، ج) : « أو فى مثل معنى الكيل » .
(١٢) فى (ب ، ص) : تقديم « الزيت » على « السمن » .
(١٣) « قال الشافعى رحمة الله عليه » : ليست فى (ش) .
(١٤) فى (ش) : « أولى بأن يقاس من الوزن » . (١٥) فى سائر النسخ، (ص) : « قيل له إن شاء الله » .
(١٦) فى (ص) : « لما وصفت » .

[١٧١] هذا المعنى وارد فى أحاديث كثيرة ، منها حديث أبى سعيد الخدرى ، وقد روى الشافعى بعضه فيما مضى رقم [٧٦] .

الوزنِ بالوزنِ ـ أنَّ صحيحَ القياسِ إذا قِسْتَ الشىءَ بالشىءِ أن تحكم له بحكمه ، فلو قِسْتَ العسَلَ والسمنَ بالدنانيرِ والدراهِم، فكنت (١) إنما حَرَّمتَ الفضلَ فى بعضها على بعضٍ (٢) إذا كانت جنساً واحداً قياساً على الدنانير والدراهم أكان (٣) يجوزُ أن يُشترى بالدنانير والدراهم نقداً عسلاً وسمناً إلى أجلٍ؟ فإن قال: يجيزُه بما أجازه به المسلمون(٤). قيل له (٥) إن شاء الله : فإجازةُ المسلمين له دلَّتنى على أنه غيرُ قياس عليه ، لو كانَ (٦) قياساً عليه كان حُكمُه حكمَه، فلم يحلَّ أن يتبايع (٧) إلاَّ يداً بيَد ، كما لا تحلُّ (٨) الدنانيرُ بالدراهِم إلاَّ يداً بيدٍ .

فإن قال (٩) : أفتَجِدُكَ حين قِستَه عَلَى الكيلِ حكمتَ له حكمَه ؟ قلتُ : نعم ، لا أُفرِّقُ بينه فى شىءٍ بحالٍ .

فإن (١٠) قال : أفلا يجوزُ (١١) أن تَشتَرِى (١٢) بِمُدِّ حنطة (١٣) نقداً ثلاثة أرْطَالِ زَيْت(١٤) إلى أجل . قلتُ : لا يجوزُ أن يُشتَرَى ،ولا شىء من المأكولِ والمشروبِ بشىءٍ من غَيرِ صنفه إلى أجَل . حكم المأكولِ المكيلِ حكمُ المأكولِ الموزونِ .

فإن(١٥) قال : فما تقولُ فى الدنانير والدراهم ؟ قلتُ : مُحرَّمَات فى أنفسها ، لا يُقاسُ شىء من المأكول عليها ؛ لأنه ليس فى معناها ، والمأكولُ المكيلُ محرَّم فى نفسه ، ويقاسُ به ما فى معناه من المكيلِ والموزونِ عليه ؛ لأنه فى معناه .

قال الشافعى (١٦) : فإن قال : فافرُق بين الدنانير والدراهمِ ؟ قلتُ : لم أعْلَمْ (١٧) مخالفاً من أهلِ العلم فى إجازة أن يَشتَرى بالدنانير والدراهم الطعامُ المكيلُ والموزونُ إلى أجَلٍ ،/ وذلك لا يحلُّ (١٨) فى الدنانير بالدراهم ، وإنى لم أعلم منهم مخالفاً فى أنى ٤١/ب ص

---

(١) فى (ش) : « وكنت » .
(٢) فى (ص) زيادة هنا : « حرمت الفضل إذاً » . (٣) فى النسخ المطبوعة ، (ص) : « لكان » .
(٤) هنا بحاشية الأصل : « بلغ سماعا » . (٥) « له » : ليست فى (ش) .
(٦) فى (س ، ج) : « ولو كان » .
(٧) فى (ش) : « يباع » ، وفى (س ، ج) : « يبتاع أبداً » .
(٨) فى (س ، ج) زيادة : « له » . (٩) فى (س ، ج) زيادة : « قائل » .
(١٠) « فإن » : ليست فى (ش) .
(١١) فى ابن جماعة ، و (ب ، ج ، ص) : « فلا يجوز » بحذف همزة الاستفهام .
(١٢) فى (ص) : « يَشترى » . (١٣) فى (ش) : « مُدًّ » .
(١٤) فى (س) : « زيتا » ، وفى (ش) : « بثلاثة أرطال » .
(١٥) « فإن » : ليست فى (ش) . (١٦) « قال الشافعى » : ليست فى (ش) .
(١٧) (س ، ج) : « لا أعلم » .
(١٨) فى (ب ، ص) : « لا يجوز » ، وهو مخالف للأصل .

لو عَلمتُ مَعْدناً فأدَّيْتُ الحقَّ فيما خرَجَ منه ،ثم أقامتْ فضتهُ أو ذَهبَهُ عندى دهرى(١)، كان علىَّ فى كل سنةٍ أداءُ زكاتها ، ولو حصدتُ طعامَ أرضى (٢) فأخرجت عُشْرَه ثم أقام عندى دَهْرَه (٣) لم يكن علىَّ فيه زكاةٌ ، وفى أنى لو استَهْلكتُ لرجلٍ شيئاً قُوِّمَ علىَّ دنانيرَ أو دراهمَ ؛ لأنها الأثمانُ فى كل مالٍ لمسلمٍ (٤) ، إلاَّ الدِّيات .

قال : فإنْ قال : هذا هكذا (٥) . قلتُ : فالأشياء تتفرقُ بأقلَّ مما وصفتُ لك .

قال الشافعى رحمة الله عليه(٦) : ووجدنا عامًّا فى أهلِ العلمِ أن رسولَ اللّه ﷺ قضَى فى جناية الحرِّ المسلم على الحرِّ المسلمِ (٧) خطأً بمائة من الإبل على عاقلة الجانى ، وعامًّا فيهم أنها فى مُضِىِّ ثلاثِ سنينَ ، فى كل سنةٍ ثُلثُهَا وبأسنانٍ معلومة .

قال الشافعى(٨): فدَلَّ هذا على معانٍ (٩) من القياس ، سأذكرُ منها إن شاء اللّه بعض ما يَحضُرُنى منها (١٠) .

إنَّا وجدنا عامًّا فى أهلِ العلم أنَّ مَا جَنى الحرُّ المسلُم مِنْ جنايةٍ عمداً (١١) أو فساد مالٍ لأحدٍ على نفسٍ أو غيره ، ففى مالِه ، دونَ عاقلته ، وما كانَ من جناية فى نفسٍ خطأً فعلى عاقلته (١٢) ثم وجدناهم مجتمعين (١٣) علَى أن تَعْقلَ العاقلةُ ما بَلَغَ ثُلُثَ الديةِ من جنايته (١٤) فى الجراح فصاعداً ، ثم افترقوا فيما دونَ الثلث : فقال بعضُ أصحابنا : لا تعقل العاقلة ما دون الثلث، وقال غيرهم: تعقلُ العاقلةُ الموضحَةَ (١٥) ، وهى نصفُ عشر الدية ، فصاعداً، ولا تعقلُ ما دونَها (١٧) .(١٨) فقلتُ لبعض مَنْ قال: تعقلُ نصفَ العُشرِ ولا تَعْقلُ ما دونه: هل يَستقيمُ القياس على السُّنَّةِ إلاَّ بأحدِ وجهين؟

قال : وما هما ؟

---

(١) فى (س ، ج) : « دهراً » .

(٢) فى (ب) : « أرض » .

(٣) فى (ب، ص) : « دهرا » .

(٤) فى ابن جماعة : « مال للمسلم » ، وفى (ب) : « مال المسلم » .

(٥) فى (ش) : « فإن قال : هكذا » .

(٦) « قال الشافعى رحمة الله عليه »: ليست فى (ش) .

(٧) كلمة « المسلم » : لم تذكر فى سائر النسخ .

(٨) « قال الشافعى » : ليست فى (ش) .

(٩) فى (ش) : « معانى » .

(١٠) « منها» : ليست فى (ش) .

(١١) فى (ش): « جناية عمد » .

(١٢) هنا فى (س ، ج) زيادة : « قال الشافعى» .

(١٣) فى (ش) : « مجمعين » .

(١٤) فى (ش) : جناية » .

(١٥) « لا تعقل العاقلة ما دون الثلث ، وقال غيرهم » : ليست فى (ش) .

(١٧) هذا مذهب الأحناف ،انظر : الهداية مع فتح القدير ٨ / ٤١٢ ، وقد احتجوا لقولهم هذا بحديث لا أصل له . وانظر : نصب الراية ٤ / ٣٩٩ (ش) .

(١٨) هنا فى ابن جماعة ، (س ، ج) زيادة : « قال الشافعى » .

قلتُ : أن تقولَ : لما وجدتُ النبيَّ ﷺ قَضَى بالدية على العاقلة قلتُ به اتِّباعا ، فما كان دونَ الدية ففى مال الجانى ، ولا تَقيسَ على الدية غيرَها ؛ لأنَّ الأصلَ: أن (١) الجانى أَوْلى أن يَغْرَمَ (٢) جنايَته من غيرِه ، كما يغرَمُها فى غير الخطأ فى الجِراحِ ، وقد أوجبَ اللّهُ عز وجل على القاتلِ خطأً ديةً ورَقَبَةً ، فزعمتُ أنَّ الرقبةَ فى ماله ؛ لأنها من جنايته ،وأَخرجْتُ الديةَ منْ هذا المعنى اتِّباعاً ، وكذلك أَتَّبِعُ فى الديَةِ ، وأَصْرِفُ (٣) بما دونَها إلَى أن يكونَ فى ماله ؛ لأنَّه أولى أن يَغْرَمَ (٤) ما جَنَى من غيره ، وكما أقولُ فى المسح على الخفين: رخصة بالخبر عن رسول اللّه ﷺ فلا (٥) أقيسُ على غيرِه .

أو يكونَ القياسُ من وجهٍ ثانٍ ؟ (٦) قال (٧): وما هو ؟

قلتُ : إذْ أخرج رسولُ اللّه ﷺ (٨) الجنايةَ خطأً على النفس ومما جَنَى الجانى على غير النفس ، وما جنى(٩) على نفسٍ عمداً ، فَجعلَ على (١٠) عاقلته ، يضمنونها ، وهى الأكثرُ ـ جعَلْتُ على (١١) عاقلته يضمنون الأقلَّ من جنايته (١٢) الخطأ ؛ لأن الأقل أولى أن يَضْمنوا (١٣) عنه من الأكثر ، أو فى مثلِ معناه . قال : هذا أولى المعنيين أن يُقاسَ عليه ، ولا يُشْبِهُ هذا المسحَ على الخفين .

قال الشافعى رحمه الله (١٤) : فقلتُ لَه (١٥): هذا كما قلتَ إن شاء اللّه ، وأهلُ العلم مجمعون على أن تَغْرَمَ العاقلةُ الثُّلُثَ وأكثرَ ، وإجماعهم دليلٌ على أنهم قد قاسُوا بعضَ ما هو أقلُّ من الديةِ بالديةِ ، قال : أجَلْ .

---

(١) « أن » : ليست فى (ش) .
(٢) « غرم » :من باب « سمع » .
(٣) فى (ب ، ص) : « فأصرف ».
(٤) فى ابن جماعة ، (ب ، ص) : « أولى بغرم » .
(٥) فى (ش) : « ولا » .
(٦) فى (ش) : « ثانى » .
(٧) فى (س ، ج) : « فقال » ، وفى (ب ، ص) : « فإن قال » ، وكلاهما مخالف للأصل .
(٨) « أخرج » هنا مجاز ، كأنها بمعنى : فرق بين الجناية خطأ على النفس وبين غيرها من الخطأ على غير النفس ومن العمد (ش) .
(٩) فى سائر النسخ : « ومما جنى » .
(١٠ ، ١١) كلمة «على» فى الموضعين لم تذكر فى سائر النسخ،والأولى فى (ص) والثانية غير موجودة فيها.
(١٢) فى (ش) : « جناية » .
(١٣) فى (ش) : « أن يضمنون » ، وفى (ج) : « أولى ما يضمنون » .
(١٤) « قال الشافعى رحمه الله » : ليست فى (ش) .
(١٥) « له » : لم تذكر فى (ب ، ص) .

(١) فقلتُ له: فقد (٢) قال صاحبُنا(٣) : أحسنُ ما سمعتُ أن تَغْرَمَ العاقلةُ ثلثَ الدية فصاعداً، وحكَى أنّه الأمْرُ عندَهم ، أفرأيتَ إن احتجَّ لهم (٤) مُحْتَجٌّ بحجتين ؟ قال: وما هما؟ قلتُ: أنا وأنت مجمعان على أن تَغرَم العاقلةُ ثلث الدية (٥) فأكثرَ ، ومختلفانِ فيما هو أقلُّ منه، وإنما قامت الحجةُ بإجماعى وإجماعك على الثلثِ ، ولا خَبَرَ عندكَ فى أقلَّ منهُ (٦). ما تقولُ له ؟

قال : أقولُ : إن إجماعى من غير الوجه الذى ذهبتَ إليه ، إجماعى إنما هو قياسٌ على أن العاقلةَ إذاغرِمَت الأكثرَ ضَمِنَتْ ما هو أقلُّ منه ، فَمنْ حدَّ لَكَ الثلثَ ؟ أرأيتَ إن قال لك غيرُك : بل تَغْرَمُ تسعةَ أعشارٍ ولا تَغرَم ما دونَه ؟ قلتُ: فإن قال لك : فالثلثُ(٧) يَفْدَحُ (٨) مَن غَرِمَهُ ، وإنما (٩) قلتُ يُغْرَمُ معه أو عنه؛ لأنه فَادحٌ ، ولا يُغرَمُ ما دونَه لأنَّه غيرُ فادح . قال : أفرأيتَ من لا مالَ له إلاَّ درهمين ، أمَا يَفْدحُه / أن يغرَمَ الثلثَ فيغرم الدرهمين (١٠) فَيَبْقَى لا مالَ له ؟ أو رأيتَ (١١) مَن له دنيا عظيمة ، هل يَفْدحُه الثلثُ ؟ ٤٢/أ ص

قال الشافعى رحمه الله (١٢): فقلتُ له: أفرأيتَ لو قال لك : هو لا يقولُ (١٣): «الأمرُ عندنا » إلاَّ والأمْرُ مجتمعٌ عليه بالمدينة . قال : والأمْرُ المجتَمَعُ عليه بالمدينة أقْوى من الأخبار المنفردة (١٤) ؟! قال (١٥) : فكيف تكلَّفَ (١٦) أنْ حكى لنا الأضعفَ

---

(١) هنا فى النسخ زيادة : « قال الشافعى » .

(٢) فى (ب ، ص) : « وقلت له قد » ، وفى (ج) : « فقلت له قد » .

(٣) يريد الشافعى بصاحبه شيخه مالك بن أنس ، وهو يعبر عنه بهذا كثيراً ، تأدبا منه ، عندما يريد الرد عليه .
ونص الموطأ فى هذا ٣ / ٦٩ : « قال مالك : والأمر عندنا أن الدية لا تجب على العاقلة حتى تبلغ الثلث فصاعداً ، فما بلغ الثلث فهو على العاقلة ، وما كان دون الثلث فهو فى مال الجارح خاصة » (ش) .

(٤) فى (ش) : « له » .

(٥) فى (ش) : « الثلث » بدل : « ثلث الدية » .

(٦) فى (س): « فيما أقل منه » .

(٧) فى ابن جماعة ، (ب ، ص) : « الثلث » بدون الفاء .

(٨) فَدَحَه الأمرُ والحملُ والدَّينُ يَفْدَحه فَدْحاً: أثقله . قاله فى اللسان (ش) .

(٩) فى (ش) : « فإنما » .

(١٠) فى (ش) : « أن يغرم الثلث والدرهم » ، وفى (ب ، ص) : « أن يغرم الثلث من الدرهمين » .

(١١) فى (ش) : « أرأيت » .

(١٢) « قال الشافعى رحمه الله » : ليست فى (ش).

(١٣) فى (ش): « هو لا يقول لك ».

(١٤) الظاهر عندى أن هذا الكلام من قول المناظر للشافعى ، ساقه على سبيل الاستفهام الإنكارى ، يستغرب به الاحتجاج بما يسمونه : « عمل أهل المدينة » ، وأن قوله بعد ذلك : « قال : فكيفَ تكلف » إلخ إتمام للاعتراض ، أو بيان للإنكار . ويؤيد ذلك أن كلمة « قال » الثانية كتبت فى نسخة ابن جماعة وضرب عليها بالحمرة ، منعاً للاشتباه ، حتى يتصل كلام مناظر الشافعى بدون فصل (ش) .

(١٥) « قال » : ليست فى (ص) .

(١٦) فى (ب) : « نكلف » بالنون .

من الأخبارِ المنفردةِ ، وامْتَنَعَ من(١) أن يَحكِيَ لنا الأقوَى اللازمَ من الأَمْرِ المجتَمَعِ عليه؟! قلنا : فإن قال لك قائل : لقلَّة الخبرِ وكثرةِ الإجماع عن أن يُحْكى ، فأنتَ قد تصنع مثلَ هذا ، فتقولُ :هذا أمرٌ مجتَمَعٌ عليه ! قال :لستُ أقولُ ولا أحدٌ (٢) من أهل العلم « هذا مجتمع عليه » ، إلاَّ لما لا تَلْقَى عالماً أبداً إلاَّ قالَه لك وحكاهُ عمن قبله ، كالظهر أربعٌ ، وكتحريم الخمر،وما أشبهَ هذا ، وقد أجِدُهُ يقولُ الأمر « المجتمع عليه(٣)» وأجدُ بالمدينة (٤) من أهل العلم كثيراً يقولون(٥) بخلافه ، وأجِدُ عامَّةَ أهلِ البُلدانِ على خلافِ ما يقولُ « المُجْتَمَعُ عليه » .

(٦) فقلتُ له (٧) : فقد يلزمُكَ في قولك : « لا تَعْقِلُ ما دُونَ الموضحَةِ » مثلُ ما لزمَه في الثلثِ . فقال : إنَّ لي فيه (٨) عِلَّةً بأن رسولَ اللَّه ﷺ لم يَقضِ فيما دونَ الموضِحَةِ بشيء . فقلتُ له : أفرأيتَ إن عارضك معارضٌ فقال : أفلا أقضي فيما دون الموضِحَةِ بشيءٍ؛ لأن رسولَ اللَّه ﷺ لم يَقضِ فيه بشيء ؟ قال : ليس ذلك له ، وهو(٩) إذا لم يَقضِ فيما دونَها بشيءِ فلم يَهْدُرْ (١٠) ما دونَها من الجراحِ .

قلت (١١) : فكذلك (١٢) يقولُ لك : وهو إذا (١٣) لم يَقُلْ لا تَعْقِلُ العاقلةُ ما دونَ الموضِحَةِ فلم يُحَرِّمْ أن تَعقِلَ العاقلةُ ما دونَها ، ولو قَضَى في الموضِحَةِ ولم يَقْضِ فيما دونَها على العاقلة ما مَنَعَ ذلك العاقلةَ أن تَغْرَمَ ما دونَها ، إذا غَرِمَت الأكثرَ غَرِمَت الأقلَّ، كما قلنا نحن وأنتَ واحتججتَ على صاحبنا ، ولو جازَ هذا لك (١٤) جازَ عليك . ولو قَضَى النبيُّ ﷺ بنصف العُشْرِ على العاقلةِ ؛ أن يقولَ قائل (١٥) : تَغرَمُ

---

(١) « من » : ليست في (ش) .
(٢) في (ب ص) : « واحد » ، وهو مخالف للأصل .
(٣) في (ب) : « الأمر المجمع عليه » ، « والأمر » : ليست في (ش) ، وفيها « المجمع » .
(٤) في (ش) : « من المدينة » . (٥) في (ص) : « يقول » .
(٦) في (ش) : « قال : فقلت له » ، وما في (س ، ج) : « قال الشافعي » .
(٧) في (ب ، ص) : « قلت له » بدون الفاء .
(٨) في ابن جماعة : « قال إن لي فيه » ، وفي (ش) : « فقال لي : إن فيه » .
(٩) في (س) : « هو » بدون الواو .
(١٠) « هدر » : من بابي « ضرب » و « طلب » يستعمل لازماً ومتعدياً ، ويقال أيضا: « أهدر » بالهمزة ، وكلها في معنى إبطال الدم وتركه بغير قود ولا دية (ش) .
(١١) في (س ، ج) : « قال قلت » ، وفي ش : « قال » .
(١٢) في (ش) : « وكذلك » . (١٣) في (ب ، ص) : « هو وإذا » .
(١٤) في (س ، ج) : « ولو جاز لك هذا » بالتقديم والتأخير .
(١٥) قوله : « أن يقول قائل » كأنه فاعل لفعل محذوف ، تقديره : أيجوز أن يقول قائل إلخ ؟ (ش) .

نصفَ العشرِ والديةَ ولاتَغْرَمُ ما بينهما ، ويكونُ ذلك فى مال الجانى ؟! ولكن هذا غيرُ جائزٍ لأحدٍ ، والقولُ فيه : أنَّ جميعَ ما كان خطأً فَعلى العاقلةِ ، وإن كان درهماً (١) .

قال الشافعى (٢): وقلتُ له : قد قال بعضُ أصحابنا : إذا جَنَى الحرُّ على العبدِ جنايةً فأتَى على نفسه أو ما دونها خطأً فهى فى ماله ، دونَ عاقلته ، ولا تَعقلُ العاقلة عبداً ، فقلنا: هى جناية حرٍّ، وإذا (٣) قَضَى رسولُ اللّه ﷺ أنَّ عاقلةَ الحرِّ تَحملُ (٤) جنايتَه فى حرٍّ (٥) إذا كانت غُرْماً لاحقاً بجنايته خطأً (٦) ، وكذلك (٧) جنايتُه فى العبد إذا كانت غُرْماً من خطأ ، واللّه أعلم ، وقلتَ بقولنا فيه ، وقلتَ : مَن قال: لا تعقلُ العاقلة عبداً احتملَ قولَه : لا تعقلُ جنايةَ عبدٍ ؛ لأنها فى عنقه ، دونَ مال غيره (٨) ، فقلتَ بقولنا ، ورأيتَ ما احتججنا (٩) به من هذا حجةً صحيحةً (١٠) داخلةً فى معنى السُّنَّة ؟ قال : أجلْ .

قال الشافعى (١١) : وقلتُ له : وقال (١٢) صاحبُك وغيرُه من أصحابنا :جِراحُ العبدِ فى ثمنه كَجِراحِ الحُرِّ فى ديته ، ففى عينه نصفُ ثَمَنه ، وفى مُوضِّحَته نصفُ عُشرِ ثمنه ، وخالفْتَنَا فيه ، فقلتَ : فى جِرَاح العبدِ ما نَقَصَ من ثَمَنه . قال : فأنا أبْدأُ فأسألُكَ عن حجتك فى قولك : جراحه فى ثمنه جراحَ الحر فى ديته (١٣) أخَبراً قلتَه أم قياساً ؟ قلتُ : أمَّا الخبرُ فيه فعن سعيد بن المسيَّب . قال : فاذْكُرْهُ ؟

[١٧٢] قلتُ : أخبرنَا سفيانُ (١٤) ، عن الزهريِّ (١٥) ، عن سعيد بن المسيّب ، أنه قال :عقلُ العبدِ فى ثمنه ، فسمعتُه منه كثيراً هكذا (١٦) ، وربما قال : كَجِراح الحرِّ فى ديته .

---

(١) هنا بحاشية الأصل : « بلغ » (ش) .
(٢) « قال الشافعى » : ليست فى (ش) .
(٣) فى النسخ المطبوعة : « وإذ » .
(٤) فى (س): « تحتمل » .
(٥) فى (ب ، ص) : « فى الحر » .
(٦) فى (ش) : « بجناية خطأ » .
(٧) فى سائر النسخ : « فكذلك » .
(٨) فى باقى النسخ : « دون مال سيده وسيده غيره » ، وفى (ش) : « دون مال سيده غيره » .
(٩) فى (ش) : « ما احتججت » .
(١٠) فى (س ، ج) : « من هذه الحجة الصحيحة » .
(١١) « الشافعى » : ليست فى (ش) .
(١٢) فى (ب ، ص) : « قال » بدون الواو .
(١٣) فى (ش) : « فى قول جراح العبد فى ديته » .
(١٤) فى ابن جماعة ، (س ، ج) زيادة : « ابن عيينة » .
(١٥) فى ابن جماعة ، (ب ، ص) : « عن ابن شهاب » .
(١٦) فى سائر النسخ ، (ص) : « هكذا كثيرا » بالتقديم والتأخير .

[١٧٢ ـ ١٧٣] * مصنف عبد الرزاق : (١٠ / ٣) كتاب العقول ، باب جراحات العبد ، عن معمر ، عن الزهرى ، عن ابن المسيب نحوه .
=

[١٧٣] **وأخبرناه الثقة** (١) ، وهو يحيى بن حسان ، عن الليث بن سعد ، عن سعيد بن المسيب ؛ أنه قال : جِراح العبد فى ثمنه كجراح الحر فى ديته .

قال : ابنُ شهابٍ : وإن ناساً ليقولون (٢) : يُقَوَّمُ سِلْعَةً .

قال الشافعى (٣) : فقال : فإنما (٤) سألْتُك خبراً تقومُ به حجتُك. فقلتُ : قد (٥) أخبرتُك أنى لا أعرفُ فيه خبراً عن أحد أعلى مِن سعيد بن المسيَّب قال: فليس فى قوله حجةٌ. قلت(٦): وما ادعيتُ ذلك فتردَّه علىَّ ! قال : فاذكر الحجةَ فيه ؟ قلتُ (٧) : قياساً على الجنايةِ على الحرِّ قال : قد يفارقُ الحرَّ فى أن ديَةَ الحرِّ مُوَقَّتَةٌ ، / وديتُه ثَمَنُهُ، فيكونُ بالسِّلَعِ مِنَ الإِبِلِ والدوابِّ وغيرِ ذلك أشْبَهَ ؛ لأنَّ فى كُلِّ واحدٍ منهما ثَمَنَهُ ؟ فقلتُ : فهذا (٨) حجةٌ ـ لمن قال لا تعقلُ العاقلةُ ثمنَ العبدِ ـ عليك . قال : ومِن أينَ ؟ قلت (٩): يقولُ لك : لِمَ قلتَ : تعقلُ العاقلةُ ثمنَ العبد إذا جنى عليه الحرُّ قيمتَه ، وهو عندك بمنزلة الثمنِ ؟ ولو جَنَى على بعير جنايةً ضَمِنَها فى ماله ؟ قال : هو (١٠) نفسٌ مُحَرَّمَةٌ . قلتُ : والبعيرُ نَفْسٌ محرَّمَةٌ على قاتله ؟ قال : ليست كحرمة المؤمن. قلتُ :ويقولُ لك ولا العبدُ كحرمة الحرِّ فى كُلِّ أمرِه .

(١١) فقلتُ : فهو (١٢) عندكَ مُجامِعُ الحُرَّ فى هذا المعنى ، فتعقله (١٣) العاقلَةُ ؟ قال: نَعَم(١٤) . قُلتُ : وحكَمَ اللّهُ فى المؤْمن يُقْتَلُ خطَأً بديَةٍ وتحرير رقبةٍ ؟ قال : نعم(١٥) . قلتُ: وزعمتَ أن فى العبد تحريرَ رقبةٍ كهِىَ فى الحرِّ وثمناً ، وأن الثَّمَنَ كالدية؟ قال : نعم (١٦) . قلتُ : وزعمتَ أنك تقتلُ الحرَّ بالعبد ؟ قال : نعم (١٧) .

(١) هذه الرواية ليست فى (ش) وهى فى سائر النسخ الأخرى .
(٢) فى (ش) : « فإن ناساً يقولون » .
(٣) « قال الشافعى » : ليست فى (ش) .
(٤) فى ابن جماعة : « قال فإنما » ، وفى (ج): « فقال فإنما » .
(٥) فى (ب ، ص) : « فقلت له قد » ، وفى (س ، ج) : « فقلت فقد » .
(٦) فى (ش) :« قال » .
(٧) فى سائر النسخ : « قلت قلته » .
(٨) فى (ب ، ص) : « قلت وهذا » .
(٩) فى (ش) : « قال » .
(١٠) فى (ش) : « فهو» .
(١١) هنا فى سائر النسخ زيادة : « قال الشافعى » .
(١٢) فى ب ، ص : « فقلت هو » ، وفى باقى النسخ : « فقلت له هو » .
(١٣) فى (ش) : « أفتعقله » .
(١٤) فى (ش) : « ونعم » .
(١٥) فى(ج) : « ونعم » ، وكذلك فى ابن جماعة وعلى الواو « صح » .
(١٦) فى ابن جماعة ، (ج ، ص) : « ونعم » .
(١٧) فيهما أيضاً ، (ص) : « ونعم » .

= وفيه قال الزهرى : وإن رجالاً من العلماء ليقولون: إن العبيد والإماء سلعة من السلع ، فينظر ما نقص ذلك من أثمانهم . رقم (١٨١٤٢) .

قلتُ : وزعمنا أنَّا نقتلُ العبدَ بالعبد ؟ قال : وأنا أقوله .

قلتُ : فقد جامَعَ الحرَّ فى هذه المعانى عندنا وعندك ، فى أن بينه وبين المملوكِ مثله قصاصاً فى كل جُرحٍ ، وجامَعَ البعير فى معنى أنَّ ديَتَه ثَمنُه ، فكيف اخترتَ فى جِراحته(١) أن تجعلها كجِراحة بعيرٍ (٢) ، فتجعلَ فيه ما نَقَصَهُ ، ولم تَجعل جراحَته فى ثمنه كَجِراحِ الحرِّ فى ديته ؟ وهو يُجامعُ الحرَّ فى خمسةِ معان (٣) ويفارقُه فى معنًى واحد؟ ألَيسَ أن تَقيسَه على ما يجامعهُ فى خمسة معان (٤) أولَى بك من أن تقيسَهُ على ماجامعَه فى معنًى واحد ؟! مع أنَّه يجامعُ الحرَّ فى أكثرَ من هذا ، أنَّ ما حُرِّمَ على الحرِّ حُرِّم (٥) عليه ، وأنَّ عليه الحدودَ والصلاةَ والصومَ وغيرَها من الفرائض ، وأن ليس (٦) من البهائم بسبيل !!

قال : رأيتُ (٧) ديته ثَمنَه ؟ قلتُ: وقد رأيتَ ديَةَ المرأة نصفَ دية الرجل، فما مَنَعَ ذلك جِرَاحَها أن تكونَ فى ديتها ، كما كانت جِراحُ الرجل فى ديته ؟!

قال الشافعى رحمه الله تعالى(٨) : وقلتُ له: إذا كانت الديةُ فى ثلاث سنينَ إبلاً أثلاثا(٩)، أفليسَ (١٠) قد زعمتَ أن الإبل تكونُ بصفَة دَيْناً (١١) ؟ فكيف أنكرتَ أن تُشتَرَى الإبلُ بصفة إلى أجلٍ ؟ ولم تَقِسْه (١٢) على الدية ولا على الكتابة ولا على المهر، وأنت تُجيزُ فى هذا كلّه أن تكونَ الإبلُ بصفة دَيناً ؟! فخالفتَ فيه القياسَ، وخالفتَ الحديثَ نصا عن النبى ﷺ : أنَّه استَسْلَفَ بعيراً (١٣) ثم أمَرَ بقضائه بَعْدُ(١٤)؟!

---

(١) فى (ب ، ص) : « جراحه » .

(٢) فى ابن جماعة ، (ص) : « كجراحة البعير » ، وفى (ب) : « كجراح البعير » .

(٣، ٤) فى (ش) : « معانى » .

(٥) فى (ب) : « محرم » ، وفى (س ، ج) وابن جماعة : « يحرم » ، وفى (ص) : « أن ما حرم الله على الحر محرم عليه » .

(٦) فى (ش) : « وليس » .

(٧) فى (ج) : « وقد رأيت » ، وفى (ب ، س) : « قد رأيت » ، وفى (ص) : « أرأيت » .

(٨) « قال الشافعى رحمه الله تعالى »: ليست فى (ش) .

(٩) « أثلاثا » : ليست فى (ش) .

(١٠) فى (س ، ج) : « فليس » بحذف همزة الاستفهام .

(١١) يعنى تكون ديناً فى الذمة بالوصف (ش) . (١٢) فى (ش) : « تقيسه » .

(١٣) « استسلف » : أى اقترض ، والعرب تسمى القرض « سلفا » (ش) .

(١٤) فى (ص) : « بعده » .

قال: كرهه ابنُ مسعود . فقلت له (١): أو في أحد(٢) مع النبيِّ ﷺ (٣) حُجَّةٌ؟!. قال: لا ، إن ثَبت عن النبيِّ ﷺ . قلتُ : هو ثابتُ باستسلافه بعيراً وقَضاهُ (٤) خيراً منه، وثابت في الدياتِ عندنَا وعندكَ . فهذا (٥) في معنى السُّنَّةِ . قال: فما الخبرُ الذي يُقاسُ عليهِ؟

[١٧٤] قلتُ : أخبرنَا مالك ، عن زيد بن أسْلَمَ ، عن عطاء بن يَسَار ، عن أبي رافع؛ أن النبيَّ ﷺ استَسْلَفَ من رجلٍ بعيراً فجاءته إبل،(٦) فأمَرني أنْ أَقْضيَهُ إياه ، فقلتُ: لا أجدُ في الإبل إلاَّ جملاً خِياراً (٧) ، فقال: « أَعْطِه إيَّاه ، فإن خيارَ الناسِ أحْسَنُهم قضاءً » .

قال : فما الخبر الذي لا يُقاسُ عليه ؟ قلتُ (٨) : ما كَان لله عز وجل فيه حكمٌ منصوصٌ ثم كانت لرسول الله ﷺ فيه (٩) سُنَّةٌ بتخفيف في بعض الفرض دون بعضٍ ، عُمِلَ بالرخصة فيما رَخَّصَ فيه رسولُ الله ﷺ ، دونَ مَاسواهاَ ، ولم يُقَسْ ما سواها عليه (١٠) ، وهكذا ما كان لرسول الله ﷺ من حُكْم عامّ بشيء ثم سَنَّ فيه سُنَّةً تُفارقُ حكمَ العام .

قال : وفي(١١) مثْل ماذا ؟ قلتُ : فرضَ اللهُ عز وجل الوضوء على مَن قام إلى الصلاة من نومهِ ، فقال عز وجل : ﴿ **إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ**

---

(١) في ابن جماعة ، (س) : « قلت » ، وفي (ج) : « قلنا » .
(٢) همزة الاستفهام ليست في (ش) . (٣) في (ب ، ص) : « مع رسول الله » .
(٤) في النسخ المطبوعة : « وقضائه » .
(٥) في سائر النسخ : « وهذا » ، وفي (ش) : « هذا » .
(٦) هنا في ابن جماعة ، (س ، ج) زيادة : « قال » .
(٧) « خياراً » : أي مختاراً . وقد زاد بعضهم هنا بحاشية الأصل : « رَبَاعياً » ، وهي مزادة أيضاً بحاشية ابن جماعة . و « رباعيا » بفتح الراء وكسر العين وتخفيف الباء الموحدة والياء التحتية ، وهو البعير الذي استكمل ست سنين ودخل في السابعة (ش) .
(٨) في النسخ المطبوعة زيادة : « له » . (٩) « فيه » : ليست في (ش) .
(١٠) في (ش) : « عليها » .
(١١) حرف « في » لم يذكر في النسخ ، (ص) إلا في (س) .

---

[١٧٤] * الموطأ : (٢ / ٦٨٠) ، (٣١) كتاب البيوع ، (٤٣) باب ما يجوز من السلف ، من طريق زيد ابن أسلم بهذا السند نحوه .
* م : (٣ / ١٢٢٤) ، (٢٢) كتاب المساقاة ، (٢٢) باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه ، من طريق مالك به كما في الموطأ . رقم (١١٨ ، ١١٩ / ١٦٠٠) .

﴿ إلى المرافقِ وامسحوا برءوسِكم وأرجلَكم إلى الكعبين ﴾ [المائدة : ٦] . فقصدَ قصْدَ الرِّجلَينْ بالفرضِ ، كما قصَدَ قَصْدَ ما سواهما من أعضاء الوضوء ، فلما مَسَحَ رسولُ اللّه ﷺ على الخفين لم يكن لنا ـ واللّهُ أعلمُ ـ أن نمسحَ على عمامة ولا بُرْقُعٍ ولا (١) قُفَّازَيْنِ ؛ قياساً عليهما وأثبَتْنا الفرضَ فى أعضاء الوضوءِ كلِّها ، وأرْخَصْنا (٢) بمسحِ النبىِّ ﷺ فى المسحِ على الخفين ، دونَ ما سواهما .

قال (٣) : أَفَيُعَدُّ (٤) هذا خلافاً للقرآنِ ؟ قلتُ : لا تخالفُ سنةٌ لرسولِ اللّه ﷺ كتابَ اللّه / بحالٍ . ٤٣/أ ص

قال : فما معنى هذا عندكَ ؟ قلتُ : معناه : أن يكونَ قَصَدَ بفرضِ إمساسِ القدمين الماءَ مَن لا خُفَّىْ (٥) عليه لَبِسَهُما كاملَ الطهارةِ . قال : أوَ يجوزُ هذا فى اللسان ؟ قلتُ : نعم ، كما جاز أن يقومَ إلى الصلاة مَن هو على وضوء ، فلا يكونُ المرادَ بالوضوء ، استدلالاً بأن رسولَ اللّه ﷺ صَلَّى صلاتين وصلوات بوضوءٍ واحد .

وقال اللّه عز وجل (٦) : ﴿ والسارقُ والسارقةُ فاقطعوا أيديَهما جزاءً بما كسبا نكالاً من اللّه واللّهُ عزيزٌ حكيمٌ ﴾ [المائدة : ٣٨] . فدلَّت السنة على أن اللّه عَز وجل لم يُرِدْ بالقطع كلَّ السارقينَ .

فكذلك دلَّتْ سنةُ رسول اللّه ﷺ بالمسح أنّه قَصَدَ بالفرضِ فى غَسل القدمين مَن لا خُفَّىْ عليه لَبِسَهُما كاملَ الطهارةِ .

قال : فما مثْلُ هذا فى السنَّة ؟ قُلتُ : نَهَى رسولُ اللّه ﷺ عن بيع التَّمر بالتَّمرِ إلاَّ مثلاً بمثل . وسُئل عن الرُّطب بالتَّمر ؟ فقال : « أينقصُ الرطبُ إذا يَبِسَ ؟ » فقيل : نَعَمْ ، فَنَهَى عنه . ونَهَى عن المُزَابَنَة ، وهى كلُّ ما عُرِفَ كَيله مما فيه الرِّبا من الجنس الواحد بجُزَاف لا يُعرفُ كيلُه منهُ ، وهذا كلُّه مُجْتَمِعُ المعانى . ورخَّص أن تُباع العَرَايا بخَرْصِها تَمْراً يأكلُها أهلُها رُطباً . فرخَّصْنا فى العرايا بإرْخَاصه ، وهى بيعُ الرطبِ بالتمر ، وداخلة فى المزابنة ، بإرخاصه(٧) ، فأثبتنا التحريمَ ـ مُحَرَّماً عامّاً فى كل شيءٍ

---

(١) فى (س ، ج) زيادة : « على » .
(٢) فى (ب ، ص) : « ورخصنا » .
(٣) فى النسخ المطبوعة : « فقال » .
(٤) فى (ش) : « فتعد » .
(٥) فى (س ، ج) : « خفين » بإثبات النون ، وانظر : صفحة (١٠٠) من هذا الجزء .
(٦) فى (س) : « قال الشافعى وقال اللّه » ، وفى ابن جماعة ، (ج) : « قال الشافعى قال اللّه » .
(٧) قوله : « بإرخاصه » تكرار للتأكيد ، وهى متعلقة كالتى قبلها بقوله : « فرخصنا » (ش) .
وستأتى كل هذه الأحاديث مسندة مخرجة فى كتاب البيوع ـ إن شاء اللّه عز وجل .

من صنف واحد مأكولٍ ، بعضُهُ جُزَافٌ وبعضُهُ بكيل ـ للمزابنة ، وأحللنا العرايا خاصَّةً بإحلاله منَ الجملة التى حَرَّم ،ولم نُبْطِلْ أحدَ الخبرين بالآخَرِ ،ولم نجعله قياساً عليه .

قال : فما وجهُ هذا ؟ قُلت : يحتملُ وجهين ، أَوْلاَهُما به عندى ـ واللّهُ أعلمُ : أن يكونَ ما نهى عنهُ جملةً أرادَ به ما سوَى العَرَايا ، ويحتملُ أن يكونَ أَرْخَص (١) فيها بعدَ وجوبها (٢) فى جملة النهى ، وأيُّهُما (٣) كان فَعَلَينا (٤) طاعتُه ، بإحلال ما أحَلَّ وتحريمِ ما حَرَّمَ .

قال الشافعى رحمة الله عليه (٥) : وقَضى رسولُ اللّه ﷺ بالديَةِ فى الحرِّ المسلمِ يُقتلُ خطأً مائةً من الإبل ، وقَضَى بها على العاقلة (٦) ، وكان (٧) العمدُ يخالفُ الخطأَ فى القَوَدِ والمأثمِ ويوافقُه فى أنَّه قد تكونُ فيه ديةٌ (٨) فلما كان قضاءُ رسول اللّه ﷺ على (٩) كل امرئ فيما لزمه إنما هو فى ماله دونَ مال غيره ، إلاَّ فى الحرِّ (١٠) يُقتلُ خطأً ، قَضَيْنا على العاقلة فى الحر يُقتل خَطَأً بما (١١) قَضَى به رسولُ اللّه ﷺ على كل امرئ فيما لزمه إنما هو فى ماله دون مال غيره إلا فى الحر يقتل (١٢) ، وجعلنا الحرَّ يُقتلُ عمداً إذا كانت فيه ديةٌ فى مال الجانى ، كما كان كلُّ ما جَنَى فى مالِه غيرَ الخطأ ، ولم نَقِسْ ما لَزمه من غُرْمٍ بغير جِراحِ خطأً على ما لَزمه بقتل الخطأ .

قال الشافعى رحمة اللّه عليه (١٣) : فإن قال قائلٌ : وما الذى يَغْرَمُ الرجلُ من جنايته وما لَزمهُ غيرَ الخطأ ؟ قلتُ : قال الله عز وجل : ﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ [النساء : ٤]، وقال الله عز وجل: ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلاَةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ﴾ (١٤) [البقرة : ٤٣] .

---

(١) فى ابن جماعة ، (س ، ج) : « رخص » .

(٢) أصل « الوجوب » : السقوط والوقوع ، ثم استعمل فى الثبوت ، ثم جاء منه المعنى الشرعى المعروف للوجوب . والشافعى أراد به هنا المعنى اللغوى : الثبوت .ولم يفهم مصححو النسخ المطبوعة هذا فغيروا الكلمة وجعلوها « بعد دخولها » (ش) .

(٣) فى (ب ، ص) : « فأيهما » ، وهو مخالف للأصل .

(٤) فى (ص) : « فعلنا طاعته » .

(٥) « قال الشافعى رحمة الله عليه » : ليست فى (ش) .

(٦) هنا فى ابن جماعة ، (س ، ج) :زيادة « قال الشافعى » .

(٧) فى (ب ، ص) :« فكان » ، وهو مخالف للأصل .

(٨) « تكون »: منقوطة فى (ش) بالمثناة الفوقية ، وفى سائر النسخ ، (ص) بالياء التحتية ، وفى (ب ، ص) : «ديته»، وهو خطأ ومخالف للأصل .

(٩) فى (ش): « فى » بدل : « على » .

(١٠) فى (س ، ج) زيادة : « المسلم » ، وهو قيد صحيح .

(١١) فى (ش) : « ما » .

(١٢) من قوله : « على كل امرئ . . » إلى هنا سقط من (ش) ، وهو فى (ص ، ب) .

(١٣) «قال الشافعى رحمة الله عليه » : ليست فى (ش) .

(١٤) ومواضع كثيرة من القرآن .

وقالَ : ﴿ فَإِنْ أُحْصِرتُمْ فَمَا استَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ ﴾ [البقرة : ١٩٦] ،وقال عز وجل: ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ (١) ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ﴾ [المجادلة :٣]، وقال جل وعلا : ﴿ وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا لِّيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انتِقَامٍ ﴾ [المائدة : ٩٥] ، وقال : ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ ﴾ [المائدة: ٨٩] .

[١٧٥] وقَضَى رسولُ اللّه ﷺ أنَّ على أهل الأموالِ حِفْظَها بالنهارِ ، وما أفْسَدَت المواشى بالليل فهو ضامن على أهلها (٢) .

فدلَّ الكتابُ والسنةُ وما لم يَخْتَلِف (٣) المسلمون فيه أنّ هذا كلَّه فى مال الرجلِ ، بحقٍّ وجب عليه للّه ، أو أوجبهُ اللّهُ عليه للآدميين ، بوجوهٍ لَزِمتْهُ ، وأنه (٤) لا يُكَلَّفُ أحدٌ غُرْمَهُ عنهُ . ولا يجوزُ أن يَجْنَى رجلٌ ويَغْرَمَ غيرُ الجانى ، إلاّ فى الموضع الذى سَنَّهُ رسولُ اللّه ﷺ فيه خاصَّةً ، مِن قتلِ الخطأ وجنايَته على الآدميين خطأ.

والقياسُ فيما جَنَى على بَهيمة أو متاعٍ أو غيرِه ـ على ما وصفتُ ـ أن ذلك فى ماله؛ لأن الأكثرَ المعروفَ أنَّ ما جَنَى فى ماله ، فلا يقاسُ على الأقلِّ ويُتْرَكُ الأكثرُ المعقولُ ، ويُخَصُّ الرجلُ الحرُّ بقتْلِ (٥) الحرِّ خطأ فتعقلُه العاقلة ، وما كان من جنايةٍ خطأ على نفسٍ أو جُرْحٍ (٦) ـ : خَبَراً أو قياساً (٧) .

٤٣/ب ص قال الشافعى رحمة الله عليه (٨) : / وقَضَى رسولُ اللّه ﷺ فى الجنين بغُرَّةٍ ، عبدٍ

(١) فى ابن جماعة ، (ب ، ج) : « والذين يظاهرون منكم من نسائهم » ، وهو خطأ مخالف للتلاوة .

(٢) « ضامن على أهلها »: أى مضمون عليهم قيمة ما أفسدت المواشى .

(٣) فى (س ، ب) : « ولم يختلف » .

(٤) فى (ب ، ص) : « فإنه » .

(٥) فى (ش) : « يقتل » فعل مضارع .

(٦) فى (ش) : « وجرح » .

(٧) فى (ش) : « وقياساً » .

(٨) « قال الشافعى رحمة الله عليه » : ليست فى (ش) .

[١٧٥] * الموطأ : (٢/٧٤٧، ٧٤٨) ، (٣٦) كتاب الأقضية ، (٢٨) باب القضاء فى الضوارى والحريسة ، من طريق ابن شهاب ، عن حرام بن سعد بن محيصة نحوه .

* د : (٣ / ٨٢٨ ، ٨٢٩) ، (١٧) كتاب البيوع والإجارات ، (٩٢) باب المواشى تفسد زرع قوم ، من طريق أحمد بن محمد بن ثابت المروزى ، عن عبد الرزاق ، عن معمر ، عن الزهرى ، عن حرام بن مُحيِّصَة نحوه .

أو أمَة(١) وقوَّمَ أهلُ العلم الغُرَّةَ خمساً من الإبل (٢) .

قال الشافعى رحمة الله عليه (٣) : فلما لم يحك (٤) أن رسولَ اللّه ﷺ سألَ عن الجنين : أذكرٌ أم أنثى إذ (٥) قضَى فيه ـ سوَّى (٦) بين الذكر والأنثى إذا سقَط ميتاً ، ولو سقَط حيّا فماتَ جعَلُوا فى الرجل مائةً من الإبل ، وفى المرأة خمسينَ .

قال (٧) : فلم يَجُزْ أن يُقاسَ على الجنين شىء ، من قِبَلِ أن الجنايات على مَن عُرِفَتْ جنايَتُه مُوَقَّتات معروفات ، مفروق فيها بين الذكر والأنثى . وألا يختلفَ الناسُ فى أن لو سقطَ الجنينُ حيا ثم مات كانت فيه دية كاملةٌ ، إن كان ذكرا فمائةٌ من الإبل، وإن كانت أنثى(٨) فخمسونَ من الإبل ،وأن المسلمين ـ فيما علمتُ ـ لا يختلفون فى أن الرجل(٩) لو قَطَعَ الموتَى لم يكن فى واحدٍ منهم ديَةٌ ولا أرْشٌ ، والجنينُ لا يَعْدُو أن يكونَ حيّا أو ميّتـا .

(١٠) فلمَّا حكَمَ فيه (١١) رسولُ اللّه ﷺ بحُكْم فارَقَ حُكْمَ النفوسِ (١٢) ، الأحياء والأموات، وكان مُغَيَّبَ الأمرِ ، كانَ الحكمُ بما (١٣) حكَمَ بِه على الناس اتِّباعاً لأمْرِ رسول(١٤) اللّه ﷺ .

قال: فَهل تَعرفُ له وجهاً ؟ قلتُ : وجهاً واحداً ، واللّه أعلمُ . قال: ما هو(١٥)؟ قلتُ : يقالُ: إذا لم تُعرف له حياةٌ ، وكان لا يُصَلَّى عليه ولا يَرِثُ، فالحكم فيه أنها جنايَةٌ على أُمِّه ، وقتَ فيها رسولُ اللّه ﷺ شيئاً قَوَّمَهُ المسلمون ، كما وقَّتَ فى الموضِحَة .

قال : فهذا وجهٌ (١٦) . قلتُ :وجهٌ لا يُبينُ الحديثُ أنَّه حكَمَ به له،فلا يصحُّ (١٧) أن يقالَ إنه حكَمَ بِهِ له (١٨) ، ومن قال: إنَّه حكَمَ به (١٩) لهذا المعنى قال : هو للمرأة

---

(١) مضى هذا الحديث بإسناده برقم [١١٤] .

(٢) وقومها بعضهم عشراً من الإبل ، وانظر : نيل الأوطار ٧ / ٢٢٧ ـــ ٢٣٢ (ش) .

(٣) « قال الشافعى رحمة الله عليه » : ليست فى (ش) .

(٤) فى (ش) : « لم يحكا » .

(٥) فى (س ، ج) : « إذا » .

(٦) فى سائر النسخ ، (ص) : « فسوى » .

(٧) هنا فى النسخ : « قال الشافعى » ، و « قال » : ليست فى (ش) .

(٨) فى ابن جماعة ، (س ، ج): « وإن كان أنثى » .

(٩) فى (ش) : « لا يختلفون أن رجلاً » .

(١٠) هنا فى (س ، ج) زيادة : « قال الشافعى » .

(١١) كلمة « فيه » : لم تذكر فى (ب) .

(١٢) كلمة « النفوس » : لم تذكر فيه (ب ، س) .

(١٣) فى (ج) : « فيما » بدل : « بما » .

(١٤) فى (ص) : « لأمر النبى » .

(١٥) فى (ش) : « وما هو » .

(١٦) يعنى : فهذا وجه جيد يؤخذ به ، كما هو مفهوم من سياق الكلام .

(١٧) فى (س) : « يصلح » ، وفى (ج) : « فلا تصح الأخبار أن يقال » إلخ .

(١٨) فى (ص) : « حكم بعلمه » بدل : « حكم به له » .

(١٩) هنا فى (س ، ج) زيادة : « له » .

دون الرجلِ ، وهو (١) للأم دون أبيهِ ؛ لأنه عليها جُنِىَ ، ولا حُكْمَ للجنين يكونُ بهِ موروثاً ، ولا يُورِثُ مَن لا يَرِثُ .

قال : فهذا قولٌ صحيحٌ ؟ قلتُ : اللّه أعلم .

قال : فإن لم يكن هذا وجهَه (٢) فما يقال لهذا الحكم ؟ قلنا : يقالُ له : سنة تُعبِّدَ العبادُ بأن يَحكموا بها . قال (٣) : وما يقالُ لغيره مِمَّا يدلُّ الخبرُ على المعنى الذى له حُكِمَ بِهِ؟ قيلَ : حُكْمُ سُنةٍ تُعُبِّدُوا بها لأمرٍ عرفوا المعنى (٤) الذى تُعُبِّدُوا به فى السُّنَّة ، فقاسوا عليه ما كانَ فى مثلِ معناه (٥) .

قال : فاذكرْ منهُ وجهاً غيرَ هـذا ، إن حَضَرَكَ ، تَجْمَعُ فيـه ما يُقـاسُ عليـه ولا يُقاس(٦)؟ فقلتُ لَهُ :

[١٧٦] قَضَى رسولُ اللّه ﷺ فى المُصَرَّاة (٧) من الإبل والغَنَم إذا حَلبها مُشتريها : «إنْ أَحَبَّ أمسكها ، وإن أَحَبَّ رَدَّها وصاعا من تمر » .

وقَضَى « أن الخراجَ بالضمان » (٨) .

---

(١) فى (ش) : « هو » . (٢) فى (ب ، ص) : « وجها » .
(٣) « قال » : ليست فى (ش) . (٤) فى (ش) : « عرفوه بمعنى » .
(٥) هنا بحاشية الأصل : « بلغ السماع فى المجلس الثامن عشر ، وسمع ابنى محمد » (ش) .
(٦) فى (س ، ج) : « ولا يقاس عليه » .
(٧) فى اللسان ٦ / ١٢١ : « صَرَّ النَّاقَةَ يَصُرُّها صرًا وصَرَّ بها شدَّ ضَرْعَها » ، وفيه أيضاً ١٩ / ١٩٠ : « قال أبو عبيد : المصرَّاةُ هى الناقةُ أو البقرة أو الشاةُ يُصَرَّى اللبنُ فى ضَرعها ، أى يُجْمع ويُحبسُ ، ويقال منه : صَرَيْتُ الماءَ وصَرَّيْتُه » ، وفيه أيضاً : « وصَرَّيتُ الشاةَ تصريةً : إذا لم تحلبْها أيَّاما حتى يجتمع اللبنُ فى ضَرعها ، والشاةُ مُصرَّاة » . وقد حكى المزنى فى مختصره ٢ / ١٨٤ ، ١٨٥ بحاشية الأم ، عن الشافعى تفسيرها واضحا ، قال : « قال الشافعى : والتصرية أن تربط أخلاف الناقة أو الشاة ، ثم تترك من الحلاب اليوم واليومين والثلاثة ، حتى يجتمع لها لبن ، فيراه مشتريها كثيرا ، فيزيد فى ثمنها لذلك ، ثم إذا حلبها بعد تلك الحلبة حلبة أو اثنتين عرف أن ذلك ليس بلبنها ، بنقصانه كل يوم عن أوله . وهذا غرور للمشترى» . (ش) .
(٨) الحديث مضى برقم [١٥٦] .

---

[١٧٦] * خ : (٤ / ٤٢٢) ، (٣٤) كتاب البيوع ، (٦٤) باب النهى للبائع ألا يحفل الإبل . رقم (٢١٤٨)، من طريق ابن بكير ، عن الليث ، عن جعفر بن ربيعة ، عن الأعرج عن أبى هريرة نحوه.
* م :(٣ / ١١٥٥) ، (٢١) كتاب البيوع ، (٤) باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه، وتحريم النجش ، وتحريم التصرية . رقم (١١/ ١٥١٥) ، من طريق يحيى بن يحيى ، عن مالك، عن أبى الزناد ، عن الأعرج ، عن أبى هريرة نحوه .

فكان معقولاً فى « الخراجُ بالضمان » أنى إذا ابتعتُ عبداً فأخذتُ له خراجا ثم ظَهَرْتُ منه على عيب يكونُ لِى رَدُّه به (١) ،فما أخذتُ من الخراجِ والعبدُ فى مِلْكى ففيه خَصلتان : إحداهما : أنه لم يكن فى مِلك البائع ولم يكن له حصة من الثمن ، والأخرى (٢) : أنها (٣) فى ملكى ، وفى الوقت (٤) الذى خرج فيه العبدُ من ضمان بائعه إلى ضمانى ، فكان العبدُ لو ماتَ ماتَ مِن مالى وفى مِلكى فلو (٥) شئتُ حَبَسْتُه بعيبه ، فكذلك الخراجُ .

فقلنا بالقياسِ على حديث « الخراجُ بالضمان » ، فقلنا : كلُّ ما (٦) خرج من ثمرِ حائطٍ اشتريتَه ، أو وَلَد ماشيةٍ أو جاريةٍ اشتريتُها ، فهو مثلُ الخراجِ ؛ لأنه حَدَثَ فى ملك مشتريه، لا فى ملك بائعه . وقلنا فى المصرَّاة اتباعاً لأمْرِ رسولِ اللّه ﷺ ، ولم نَقِسْ عليه ، وذلك أن الصفقةَ وقعتْ على شاة بعينها ، فيها لبنٌ محبوسٌ مُغيَّبُ المعنى والقيمة ،ونحنُ نُحيطُ أن لبنَ الإبلِ والغنم يختلف،وألبانُ كلٍّ واحد منهما يختلف (٧)، فلما قَضَى فيه رسولُ اللّه ﷺ بشىءٍ مُؤَقَّتٍ ، وهو صاعٌ من تمرٍ ، قلنا به ، اتِّباعاً لأمْرِ رسول اللّه ﷺ .

قال : فلو اشترى رجلٌ شاةً مُصَرَّاةً فحلبَها ، ثم رَضِيها بعدَ العلمِ بعَيْبِ التصْرِيَةِ ، فأمسكَها شهراً يحلبها (٨) ، ثم ظَهَرَ منها على عيبٍ دلَّسَهُ له البائع غيرِ التصْرِيَة ، كان له ردُّها ، وكان له اللبنُ بغير شىءٍ ، بمنزلة الخراجِ ؛ لأنَّه لم يقعْ عليه صفقة البيع ، وإنما هو حادث فى ملك المشترى ، وكان عليه أن يَرُدَّ فيما أخذَ من لبن التَّصْرِيَةِ صاعاً من تمرٍ كما قَضَى به / رسولُ اللّه ﷺ . فنكونُ قد قُلنا فى لَبَنِ التَّصْرِيَةِ خبَراً ، وفى اللبنِ بعدَ التَّصْرِيَةِ قياساً على « الخراجُ بالضمان » . ٤٤/أ ص

ولبنُ التَّصْرِيَةِ مفارق لِلَّبَنِ الحادثِ بعدَه ؛ لأنَّه وقعتْ عليه صفقةُ البيعِ ، واللَّبَنُ

---

(١) « به » : ليست فى (ش) . (٢) فى ابن جماعة : « والآخر » .

(٣) كتب مصحح (ب) بحاشيتها : « كذا فى جميع النسخ بتأنيث ضمير أنها ، ولعله من تحريف الناسخ ، والوجه التذكير » . والذى فى الأصل بضمير المؤنث ، وهو صواب فإن العرب كثيراً ما تعيد الضمير على المعنى دون اللفظ ، والمعنى هنا يحتمل التأنيث بتأول (ش) .

(٤) فى النسخ المطبوعة : « فى الوقت » بدون الواو . (٥) فى (ش) : ولو » .

(٦) فى (ص) : « كما خرج » .

(٧) هكذا نقطت فى الأصل بالياء التحتية ، وهو جائز بتأول ، وفى النسخ المطبوعة : « تختلف » ، وفى (ص) بدون نقط .

(٨) فى النسخ المطبوعة : « يحتلبها » ، وفى (ش) : « حلبها » .

بعدَهُ حادث فى ملك المشترى ، لم تَقَعْ (١) عليه صفقةُ البيع .

قال الشافعى رحمة الله عليه (٢) : فإن قال قائل : وقد يكونُ (٣) أمرٌ واحدٌ يؤخذ من وجهين ؟ قيل له : نعم ، إذا جَمَعَ أمرين مختلفين ، أو أموراً مختلفةً .

فإن قيل : فَمَثِّلْ لى (٤) من ذلك شيئاً غيرَ هذا ؟ قلتُ : المرأةُ تبلغها وفاةُ زوجها فَتَعْتَدُّ ثم تتزوجُ ويدخُل (٥) بها الزوجُ (٦) فيظهر حيّا فلها (٧) الصَّداقُ وعليها العدَّةُ ، والولدُ لاحِقٌ ، ولا حَدَّ على واحدٍ منهما ، ويُفَرَّقُ بينهما ، ولا يَتَوَارَثان ، وتكونُ الفُرْقَةُ فَسْخاً بلا طلاقٍ .

فحكم (٨) له إذا (٩) كان ظاهرُه حلالاً حكمَ الحلالِ فى ثبوت الصداق والعدَّة ولُحوقِ الولد ودَرْءِ الحدِّ ، وحُكمَ عليه إذا كان حراماً فى الباطن حُكْمَ الحرامِ ، فى ألا يُقَرَّا عليه ، ولا يحلُّ له إصابتُها بذلك النكاح إذا علما به ، ولا يتوارثان ، ولا يكونُ الفسخُ طلاقا ؛ لأنها ليست بزوجةٍ (١٠) . ولهذا أشباهٌ ، مثلُ المرأةِ تنكحُ فى عدتها .

[٥٤] باب الاختلاف

(١١) أخبرنا الربيع قال : قال الشافعى (١٢) : قال لى قائل : فإنى أجدُ أهلَ العلمِ قديماً وحديثاً مختلفين فى بعضِ أمورهم ، فهل يَسَعُهُمْ ذلك ؟ قال (١٣) : فقلتُ له : الاختلافُ من وجهين : أحدُهما : مُحَرَّم ، ولا نقول (١٤) ذلك فى الآخَرِ .

قال : فما الاختلافُ المحرَّمُ ؟ قلتُ : كلُّ ما أقام اللّهُ به الحجةَ فى كتابه أو على لسانِ نبيِّه ﷺ منصوصاً بيِّناً ، لم يَحِلَّ الاختلافُ فيه لمن عَلِمهُ ، وما كَان من ذلك

---

(١) فى (ب ، ج) : « يقع » ، وفى (ص) بدون نقط .

(٢) « قال الشافعى رحمة الله عليه » : ليست فى (ش) . (٣) « قد » : ليست فى (ش) .

(٤) فى (ص) : « فإن قيل » ، و « لى » : ليست فى (ش) .

(٥) فى ابن جماعة ، (ج) : « فيدخل » . (٦) « فيظهر حيا » : ليست فى (ش) .

(٧) فى (ش) : « لها » . (٨) فى (ش) : « يحكم » .

(٩) فى (ش) : « إذ » . (١٠) فى (ب ، ص) : « زوجة » بدون الباء .

(١١ ، ١٢) ما بين الرقمين ليس فى (ش) ، و « لى قائل » : ليست فى (ش) .

(١٣) كلمة « قال » : لم تذكر فى ابن جماعة ، (ب ، ص) ، وفى (س ، ج) : « قال الشافعى » . وانظر فى هذا المعنى أيضاً : بحثاً نفيساً للإمام الشافعى فى (كتاب إبطال الاستحسان) من الأم (ش) .

(١٤) فى (ش) : « ولا أقول » .